Beiträge zur Lehre vom Zwischenstreite

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht

und mit ihrer Genehmigung veröffentlicht

von

Josef Gusinde

Referendar beim Kgl. Amtsgericht zu Breslau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Breslau

Verlag von M. & H. Marcus

1905

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Fischer

Gegenberichterstatter: Professor Dr. Gretener

O. Fischer, Prodekan

Die ganze Abhandlung erscheint unter dem Titel „Der Zwischenstreit in der deutschen Zivilprozeßordnung“ im Verlage von M. & H. Marcus, Breslau 1905.

Inhalt

Seite

Einleitung 5

Erster Teil

Der Zwischenstreit der Parteien mit Dritten 7

§ 1 Die Fälle des Zwischenstreits mit Dritten 7
§ 2 Die allgemeinen Vorschriften der ZPO. für den Zwischenstreit mit Dritten 11
I. Entstehung des Zwischenstreits 11
II. Zuständigkeit 12
III. Parteien des Zwischenstreits 13
IV. Verfahren 14
V. Beendigung des Zwischenstreits 17
§ 3 Der Begriff des Zwischenstreits mit Dritten 22
§ 4 Die einzelnen Bestimmungen für die drei Fälle des Zwischenstreits mit Dritten 23
I. Der Zwischenstreit mit dem Nebenintervenienten 23
II. Der Zwischenstreit mit dem Anwalt 25
III. Der Zwischenstreit mit dem Zeugen und dem Sachverständigen 26

Zweiter Teil

Der Zwischenstreit unter den Parteien 30

§ 5 Der Begriff des Zwischenstreits unter den Parteien 30
§ 6 Fälle eines Zwischenstreits unter den Parteien 37

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548202_0112

Einleitung

Die Zivilprozeßordnung sagt uns weder, was sie unter einem Zwischenstreite versteht, noch gibt sie uns eine Zusammenstellung der Fälle, in denen sie einen prozessualen Streit als Zwischenstreit aufgefaßt sehen will. Nur in einem einzigen Falle nennt sie [1]) einen Tatbestand, nämlich den Streit bei der Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter, von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängt und zu dessen Entscheidung der Richter nicht berechtigt ist (§ 366), ausdrücklich einen „Zwischenstreit". Im übrigen setzt sie den Begriff als bekannt voraus und beschränkt sich lediglich darauf, einige, im Gesetz zerstreut liegende Vorschriften für den Zwischenstreit aufzustellen.

Auch die Motive geben keinen Aufschluß darüber, was der Gesetzgeber alles dem Begriff des Zwischenstreits hat unterstellen wollen, sondern sie enthalten nur einige meist unbestimmte und unklare Bemerkungen (z. B. auf Seite 217). Die Motive sind deshalb auch nicht sehr geeignet, uns Gewißheit über den Zwischenstreit zu verschaffen.

Dazu kommt, daß die Motive mit dem gleichen Namen „Zwischenstreit" zwei Institute benennen, die grundsätzlich verschieden und von einander unabhängig sind, so daß eine schärfere und deutlichere Unterscheidung am Platze gewesen wäre als die Bezeichnungen „Zwischenstreit unter den Parteien" und „Zwischenstreit einer Partei oder beider Parteien mit einem Dritten", wie sie von den Motiven gebraucht werden. Aus ihnen ergibt sich,

[1]) nach dem Beispiele des preuß. Entw. § 417 f. und des nordd. Entw. § 483.

daß beide Arten des Zwischenstreits fast nichts miteinander gemein haben als den Namen und deshalb scharf auseinanderzuhalten sind. Demgegenüber spricht die Zivilprozeßordnung immer nur von einem „Zwischenstreit“ und kennt die Unterscheidung nicht. Die Verschiedenheit beider Arten des Zwischenstreits zeigt sich vor allem darin, daß sich der Gegenstand des Zwischenstreits mit Dritten genau bestimmen läßt, während das Anwendungsgebiet des Zwischenstreits unter den Parteien unbegrenzt und die Zahl der Fälle nicht geschlossen ist.

In der folgenden Darstellung ist deshalb die Zusammenstellung der wenigen Gesichtspunkte, die eine gemeinsame Besprechung zuließen, außer Betracht geblieben, beide Arten des Zwischenstreits werden getrennt behandelt, und zwar das durchs Gesetz eng begrenzte Gebiet des Zwischenstreits mit Dritten zuerst und dann die unbestimmtere und schwierigere Lehre des Zwischenstreits der Parteien.

Erster Teil

Der Zwischenstreit der Parteien mit Dritten

Diese Benennung, die sich in den Motiven (z. B. Seite 20, 217) findet, hat die Wissenschaft aufgenommen, um jene Ausnahmefälle zu bezeichnen, in denen während eines anhängigen Prozesses — der doch zunächst nur zwischen den Hauptparteien schwebt und nur für diese Recht zu schaffen berufen ist — auch Streitigkeiten zwischen einer oder beiden Parteien mit einem Dritten, der nicht Partei ist, zu erledigen sind, die eigentlich einem selbständigen Prozesse zu überlassen wären, aber vom Gesetz ausdrücklich dem Gericht des Hauptprozesses, in den diese Streitigkeiten fallen, zur Entscheidung überwiesen sind, um eine Stockung im Hauptprozeß zu vermeiden und um eine Zerreißung zusammengehöriger Streitpunkte zu verhüten[1] [2]).

§ 1

Die Fälle des Zwischenstreits mit Dritten

I. Die von den Motiven genannten Fälle

Die Motive sprechen auf Seite 20 von „Zwischenstreitigkeiten, welche zwischen einer Partei oder auch beiden Parteien einerseits und einer dritten Person, dem Nebenintervenienten, einem Zeugen oder dem Rechtsanwalt der Gegenpartei, andererseits entstehen.“ Seite 217 sagen sie: „Streitpunkte zwischen einer Partei und einem

---

[1]) v. Bülow, Glossen zur ZPO f. d. dtsch. Reich, in Gruchots Beiträgen Bd. 22 S. 828 f., Faull, Begriff und Bedeutung des Zwischenstreits (Rostocker Diss.) Schwerin 1893, S. 85 ff. —

[2]) Die Motive zum preuß. Entw. zu § 482 ff. (S. 111), zu § 727 ff. (S. 187) bemühen sich deshalb, die Dringlichkeit der Erledigung des Zwischenstreits im Hauptprozesse zu begründen.

Dritten bilden nach den Bemerkungen der allgemeinen Begründung § 7 einen Zwischenstreit. Von dem Zwischenurteil, welches über solche Streitpunkte erlassen wird, handeln die §§ 67, 122, 340.“ Damit sind die Fälle der §§ 71, 135, 387 (§§ 68, 126, 352 a. F.) gemeint; hier wird eine zwischen den Parteien und einem Dritten, der nicht als Partei beim Prozesse beteiligt ist, entstandene Streitigkeit im Prozesse selbst durch Zwischenurteil erledigt.

§ 71 behandelt den Zwischenstreit, der dadurch entsteht, daß eine Partei oder beide Parteien der Zulassung des Nebenintervenienten zum Prozeß widersprechen[1]). Ist jedoch die Zulassung des Nebenintervenienten bereits erfolgt, so handelt es sich bei einem Zwischenstreite mit dem Gegner der unterstützten Partei um einen Zwischenstreit unter den Parteien.

§ 135 Abs. 2 regelt den Zwischenstreit der einen Partei mit dem Rechtsanwalt der Gegenpartei, der eine ihm nach § 135 Abs. 1 eingehändigte Urkunde nicht zurückgibt[2]).

Dieser Fall ist nicht etwa ein Zwischenstreit unter den Parteien, denn der Rechtsanwalt hat hier nicht als Vertreter seiner Partei sondern in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt die Urkunde eingehändigt bekommen. Dies gilt selbst in dem Fall, daß der säumige Anwalt nach § 78 Abs. 3 „sich selbst vertritt“[3]).

§§ 386 ff. betreffen den Streit zwischen einer Partei und einem von ihr benannten Zeugen, der sich weigert, ein Zeugnis abzulegen. Diese Vorschriften werden nach § 402 auf den Beweis durch Sachverständige entsprechend angewandt[4]).

II. Andre Fälle sind ausgeschlossen

Es ist wohl klar ersichtlich, daß das Gesetz nicht jeden beliebigen zwischen den Parteien und einem Dritten während des

---

[1]) ähnlich §§ 727 ff. des preuß. Entw., § 106 des nordd. Entw.; vergl. auch AGO I 17 § 17 und die Verordg. v. 1. Juni 1833 hierzu § 58, württ. Proz. Ordg. Art. 97, 101.

[2]) ähnlich sind die Bestimmungen d. württ. Proz. Ordg. Art. 186, bayr. Proz. Ordg. Art. 174, hannöv. Entw. § 125, preuß. Entw. § 328 f. und nordd. Entw. § 194.

[3]) vergl. Schollmeyer, Zwischenstreit unter den Parteien, Berlin 1880, S. 94.

[4]) vergl. preuß. Entw. §§ 483 ff., 498, nordd. Entw. §§ 515, 536; — vergl. auch § 260 der hann. Prozeßordg. und AGO I 10 § 181.

Prozesses entstehenden Streit zur Entscheidung im Hauptprozesse zulassen wird. Welche Schäden für die Prozeßführung durch eine derartige Häufung von Streitigkeiten, die in einem Prozesse zu erledigen wären, entstehen würden, liegt auf der Hand. Aufgabe eines Prozeßgesetzes ist es daher, durch positive Bestimmungen derartige Störungen des einheitlichen Ganges eines Rechtsstreits zu verhüten und nur in Ausnahmefällen aus wichtigen Gründen die Erledigung eines in den Prozeß fallenden Streites einer Partei mit einem Dritten im Prozesse selbst zu gestatten, wenn nämlich an der sofortigen Erledigung im Prozesse sowohl die Parteien als auch der Dritte ein Interesse haben. Daraus erhellt, daß unsre Zivilprozeßordnung die Vorschriften für jene genannten Streitpunkte nicht auf ähnliche Fälle (z. B. den Fall der Hauptintervention (s. S. 35), ferner wenn ein Dritter [nicht Rechtsanwalt] eine Urkunde herausgeben, wenn ein Prozeß vorher entschieden werden soll) ausgedehnt sehen will.

Die Motive bestätigen diese Ansicht. Vergleicht man ihre Fassung dort, wo sie über die Zwischenstreitigkeiten unter den Parteien sprechen (S. 217, vergl. unten S. 37), mit der Art und Weise, wie sie an den oben, am Anfange dieses Paragraphen wiedergegebenen Stellen die Zwischenstreitigkeiten mit Dritten aufzählen, so fällt auf, daß die Aufzählung dieser Zwischenstreitigkeiten viel genauer und vollständiger gefaßt ist und nicht so unbestimmt wie an jener Stelle. Man kann daher annehmen, daß diese Aufzählung alle möglichen Zwischenstreite mit Dritten hat erschöpfen wollen.

Es muß daraus gefolgert werden, daß die genannten drei Fälle eines Zwischenstreits mit Dritten die einzigen dieser Art sind, welche die Zivilprozeßordnung kennt, und daß eine analoge Ausdehnung unstatthaft ist und dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen würde.

Der § 102 ist daher kein Fall eines Zwischenstreits. Hiernach kann das Prozeßgericht die Bevollmächtigten einer Partei und Gerichtsvollzieher auch von Amtswegen zu den durch grobes Verschulden verursachten Kosten verurteilen. Das Verfahren des § 102 wird von der Mehrzahl der Schriftsteller auch als Zwischenstreit mit einer dritten Person aufgefaßt, so von Petersen-

Anger[1]), v. Wilmowski-Levy[2]), Gaupp-Stein[3]), Reincke[4]), Peters[5]), Troll[6]), Schmidt[7]), Hellmann[8]); vergl. auch Entsch. d. R. G. Bd. 45 S. 408 unten. Ich halte das Verfahren des § 102 für keinen Zwischenstreit.

Da erst die Reichsjustizkommission den § 102 nach dem Vorbilde des Art. 132 des code de proc. civ., des § 71 der hannöv. Proz. Ordg., des Art. 146 der württ. Proz. Ordg. und des Art. 110 der bayr. Proz. Ordg. in den Entwurf gebracht hat[9]), kann man das Schweigen der Motive über diesen Fall nicht als Grund dafür anführen, daß § 102 kein Fall des Zwischenstreits ist. Wohl aber liegen andre Gründe für die Unmöglichkeit der Unterstellung des § 102 unter den Zwischenstreit vor.

Es handelt sich hier nicht um einen Streit einer Partei mit einem Dritten, der durch den Antrag oder Widerspruch der Partei entsteht (s. S. 12), wie in den übrigen Fällen des Zwischenstreits mit Dritten. Der Antrag der Partei hat hier nicht die streitbegründende Wirkung, vielmehr ist das Gericht durchaus nicht verpflichtet, dem Antrage gemäß von § 102 Gebrauch zu machen, „da es sich um eine ganz in das freie Ermessen des Gerichts gestellte Maßregel handelt[10])." Die gesamte Entscheidung über die Kosten ist vielmehr Offizialtätigkeit des Gerichts (§ 308 Abs. 2), und der Antrag der Partei ist nur „Anregung einer Offizialtätigkeit[11])." Deshalb hat auch die Partei, deren Antrag auf Anwendung des § 102 vom Gericht abgelehnt wird, nicht das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde, das sonst für derartige Zwischenstreite gegeben ist[12]). Anderseits kann aber auch das

[1]) 4. Aufl. Lahr 1899/1901, Anm. 5 zu § 102, Anm. 5 zu § 303.

[2]) 7. Aufl. Berlin 1895, Bem. vor § 119 a. F. 2a.

[3]) 6./7. Aufl. Tübingen u. Leipzig 1904, Anm. II zu § 102.

[4]) 4. Aufl. Berlin 1900, Anm. 2 zu § 102. — [5]) 4. Aufl. Berlin 1903, zu § 303 Anm. c. — [6]) Versäumnisurteil, München 1887, S. 141. — [7]) Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Leipzig 1898, S. 147, 247. — [8]) Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, München 1886, S. 620 f. und Kommentar, Erlangen 1878/9, Bd. II S. 125 zu § 275 a. F.

[9]) Protok. der Justizkommission d. Reichstags in Hahns Materialien, Berlin 1880 ff., S. 34 f., auch S. 520, 661 ff.

[10]) Fitting, die Bedeutung der Ausdrücke Antrag und Gesuch, in d. Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß, Bd. 7 S. 245.

[11]) Seuffert, 8. Aufl. München 1901, Anm. 5 zu § 102.

[12]) Jur. Woch. 95 S. 184 Nr. 12, Seuff. Arch. Bd. 51 S. 92 Nr. 60.

Gericht wieder von Amtswegen, ohne daß es zu einem Zwischenstreite zwischen Partei und Rechtsanwalt u. s. w. käme, von § 102 Gebrauch machen (§ 102 Abs. 1). Durch den § 102 wird dem Gericht lediglich die Befugnis erteilt, einem Rechtsanwalt u. s. w. wegen seines pflichtwidrigen Handelns als Strafe die Kosten aufzuerlegen, die sonst einer Partei zur Last fallen würden. Die ganze Strafbefugnis aber liegt in den Händen des Gerichts, ein Mitwirken der Parteien ist unerheblich. Daß die Auferlegung der Strafe einer Partei zugute kommt, spricht noch nicht für das Vorhandensein eines Zwischenstreits. Durch die Maßregel des § 102 wird vielmehr nur bezweckt, der Partei den Rückgriff im Wege der umständlicheren und oft nicht lohnenden abgesonderten Klage zu ersparen.

Gaupp-Stein Anm. II zu § 102 sieht auch in den Fällen der §§ 380, 390 und 409 die Natur eines Zwischenstreits. Hier verhält es sich ebenso wie bei § 102, es bedarf auch hier keines Antrages zur Verurteilung. Dem Gericht wird nicht nur die Strafbefugnis sondern sogar die Strafpflicht lediglich aus prozeßpolizeilichen Gründen gesetzt, nicht erschienene oder die Aussage verweigernde Zeugen und Sachverständige zu den Kosten zu verurteilen. Von einem Mitwirken der Parteien und daher von einem „Streit“ ist also auch hier nicht die Rede. —

Es beschränken sich also die Fälle des Zwischenstreits der Parteien mit Dritten auf die oben unter I genannten Fälle, eine analoge Ausdehnung auf ähnliche Fälle ist als unstatthaft zu verwerfen.

§ 2

Die allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung für den Zwischenstreit mit Dritten

I. Entstehung des Zwischenstreits

Daß der Zwischenstreit mit Dritten nur innerhalb eines bereits anhängigen Prozesses entstehen kann, ergibt sich schon aus dem Namen „Zwischen“-streit; man kann darunter nur einen Streit verstehen, der allein für sich nicht bestehen kann, der vielmehr das Vorhandensein eines anderen Streites (des Hauptprozesses) voraussetzt und einen, aber nicht wesentlichen Teil dieses Hauptprozesses bildet. Auch wäre eine Entstehung vor Beginn

des Hauptprozesses bei den in vorigen Paragraphen festgestellten drei Fällen des Zwischenstreits begrifflich unmöglich.

Der Zwischenstreit mit einem Dritten entsteht nicht von selbst; auch dadurch, daß der Dritte sich in einen bereits anhängigen Prozeß hineindrängt (§ 71) oder sich weigert, seine prozessualen und staatsbürgerlichen Pflichten in dem Rechtsstreite der Parteien zu erfüllen (§§ 135, 386 ff.), wird kein Zwischenstreit geschaffen. Es ist vielmehr außerdem für dessen Zustandekommen noch erforderlich, daß die Partei, die sich durch das Verhalten des Dritten beeinträchtigt fühlt, ihre Mißbilligung dem Gericht gegenüber in prozessualisch erheblicher Weise zu erkennen gibt. Erst dadurch setzt sie sich in Widerspruch mit dem Dritten, erst dadurch kann ein „Streit" entstehen. Durch ihr Schweigen würde die Partei ihr Einverständnis mit dem Verhalten des Dritten erklären, und das Gericht wäre entsprechend der unseren Zivilprozeß beherrschenden Verhandlungsmaxime nicht befugt, durch eine amtliche Tätigkeit einen Zwischenstreit hervorzurufen [1]).

Diese sich widerstreitenden Handlungen der Partei und des Dritten sind im Falle des § 71 die Beitrittserklärung des Intervenienten auf der einen Seite (§ 70) und der auf Zurückweisung der Intervention gerichtete Antrag der Partei auf der anderen Seite, im Falle des § 135 Abs. 2 die Nichtrückgabe der dem Anwalt eingehändigten Urkunde und der Antrag der beeinträchtigten Partei (oder ihres Anwalts), im Falle der §§ 387 und 402 die Benennung des Zeugen oder Sachverständigen seitens einer Partei und auf Seiten der dritten Person die Weigerung, eine Aussage zu machen. Im letzten Falle könnte man zweifelhaft sein, ob überhaupt ein „Streit" ins Leben gerufen worden ist, da es keines Antrages der Partei bedarf, diese sich also scheinbar mit dem Zeugen oder Sachverständigen nicht in Widerspruch setzt; ich sehe hier aber den Widerspruch, der den Zwischenstreit hervorbringt, darin, daß die Partei den Zeugen oder Sachverständigen benennt, dieser aber seiner Pflicht, auszusagen, nicht nachkommt.

II. Zuständigkeit

Für die Entscheidung des Zwischenstreits ist immer nur das Gericht, bei dem der Hauptprozeß anhängig ist, zuständig, nicht

[1]) s. Entsch. des R. G. Bd. 15 S. 396 f.

etwa das Gericht, bei dem der Zwischenstreitsbeklagte (s. unter III) seinen allgemeinen Gerichtsstand nach §§ 12 ff. hat[1]). Dem ersuchten und beauftragten Richter ist die Befugnis zur Entscheidung des Zwischenstreits entzogen: §§ 350, Abs. 2, 366[2]). Für die Verhandlung ist jedoch im vorbereitenden Verfahren in Rechnungs- u. s. w. Sachen auch der betraute Richter zuständig: § 350, Abs. 2.

III. Parteien des Zwischenstreits[3])

Parteirollen. Auf den Zwischenstreit als einen Streit im Hauptstreit finden die Begriffe des Klägers und Beklagten analoge Anwendung. Der Angreifende, d. h. derjenige, welcher die erste Streithandlung unternimmt, ist mit dem Kläger zu vergleichen, der andere, der Angegriffene, der auf die Angriffstätigkeit des ersteren seine Verteidigungshandlung folgen läßt, nimmt die Stellung des Beklagten ein. Zwischenstreitskläger ist demnach der Nebenintervenient[4]), die die Verurteilung des säumigen Rechtsanwalts beantragende und die auf Ablegung des Zeugnisses oder Gutachtens bestehende Partei[5]); Zwischenstreitsbeklagter ist die der Nebenintervention widersprechende Partei, der säumige Anwalt und der Zeuge oder Sachverständige[5]) [6]). —

---

[1]) vergl. Mot. z. preuß. Entw. §§ 482 ff. (S. 111) und Seuff. Arch. Bd. 5 S. 450, Bd. 14 S. 408.

[2]) § 366 bezieht sich wohl nicht bloß auf Zwischenstreite unter den Parteien, wie Schollmeyer S. 86 annimmt, sondern auch auf solche mit Dritten (v. Wilmowski-Levy Anm. 1 zu § 331 a. F., Endemann, Kommentar, Berlin 1878/9, Bd. II S. 193, Gaupp-Stein Anm. I zu § 366).

[3]) vergl. Bunsen, die Parteien im Zivilprozeß, in d. Zeitschr. f. dtsch. Zivilproz. Bd. 26 S. 217.

[4]) umgekehrt preuß. Entw. § 727. — Daß der Intervenient als Zwischenstreitskläger aufzufassen ist, ergibt sich aus der ihm durch § 71 Abs. I Satz 2 auferlegten Beweislast. Vergl. Francke, die Nebenparteien, Göttingen 1882, S. 82 f.; vergl. auch § 106 des nordd. Entw.

[5]) ebenso preuß. Entw. §§ 483, 498.

[6]) Beim Falle der Zeugnisverweigerung sind die Parteirollen schwierig festzustellen. Die Prozeßpartei erhält nach der allgemeinen Zeugnispflicht unseres Prozeßrechts durch die Benennung des Zeugen einen Anspruch auf Abgabe der Aussage. Durch seine Weigerung setzt sich der Zeuge mit der Prozeßpartei in Widerspruch. Daher ist letztere Zwischenstreitskläger, der Zeuge -beklagter; vergl. Entsch. d. R. G. in Gruchots Beitr. Bd. 30 S. 1129.

Stellung der anderen Prozeßpartei[1]). Das Gesetz schließt diejenige Prozeßpartei, welche von vornherein nicht in den Zwischenstreit verwickelt ist, nicht von diesem aus, da sie ja auch an seinem Ausgang ein Interesse haben kann. Eine Beteiligung ist ihr dadurch gesichert, daß das Gesetz in den §§ 71, 387 ihr das Recht gibt, ihre Meinung zu äußern[2]). Für den Fall des § 135 wird die Einmischung der nichtbeteiligten Prozeßpartei nicht praktisch werden, da diese Vorschrift für den Anwaltsprozeß gilt und für den Parteiprozeß nur dann, wenn beide Parteien durch Anwälte vertreten sind, also die Parteien bei der Verhandlung meistens gar nicht anwesend sind. Je nachdem nun die andere Prozeßpartei von ihrem Rechte Gebrauch macht, kann sie entweder an dem Zwischenstreite unbeteiligt bleiben oder der einen oder anderen Zwischenstreitspartei beitreten. In letzterem Falle wird sie zwar nicht etwa auch Zwischenstreitspartei, aber sie steht zu der Zwischenstreitspartei, der sie beitritt, in einem Verhältnis, das Ähnlichkeit mit der Nebenintervention hat[3]); ihre Beteiligung besteht in einer Unterstützung der Zwischenstreitspartei, der sie beigetreten ist, bei der Verhandlung über den Zwischenstreit[4]).

Beteiligt sie sich jedoch von vornherein am Zwischenstreite dadurch, daß sie auch den Antrag auf Zurückweisung der Intervention stellt oder denselben Zeugen benennt, so ist sie auch Zwischenstreitspartei. Für beide Prozeßparteien sind dann die Vorschriften über Streitgenossenschaft (§§ 59 ff.) anzuwenden; so gilt also vor allem die säumige Partei durch die andere als vertreten, und jede Partei ist berechtigt, Rechtsmittel einzulegen.

IV. Verfahren

Vorbereitung der Verhandlung

Im Anwaltsprozeß wird auch die mündliche Verhandlung über den Zwischenstreit durch Schriftsätze vorbereitet: § 129

[1]) vergl. Francke a. a. O., Faull S. 90 f.

[2]) § 727 des preuß. Entw. und § 106 des nordd. Entw. schrieben die „Zuziehung der anderen Partei" beim Streit um die Zulassung des Nebenintervenienten vor.

[3]) §§ 483, 727 des preuß. Entw. sprachen dies ausdrücklich aus.

[4]) vergl. für den Zwischenstreit mit dem Zeugen Meyer, Verfahren bei Zeugnisverweigerung, in d. Zeitschrift f. dtsch. Zivilprozeß Bd. 17 S. 462.

Abs. 1[1]). § 132 setzt jedoch für die Zustellung solcher Schriftsätze, falls sie ein neues Vorbringen enthalten, die kürzere Frist von drei Tagen fest, die natürlich nach § 226 Abs. 1 und 2 noch mehr verkürzt werden kann. Einer Zustellung von Gegenerklärungen bedarf es im Zwischenstreite überhaupt nicht: § 132 Abs. 2[2]).

Diese Verkürzung der Zustellungsfrist ist praktisch wichtig vor allem für die Kostenverteilung (§ 95). —

Eine Ladung zum Zwischenstreite ist regelmäßig erforderlich. Im einzelnen ergeben sich für die drei Fälle des Zwischenstreits mit Dritten Sonderbestimmungen (s. S. 23 und 26). Soweit eine Ladung nötig ist, gelten die §§ 214 ff., für das Verfahren vor dem Amtsgericht auch § 501.

Verhandlung

§ 128 schreibt für die Verhandlung der Parteien vor dem erkennenden Gerichte die Mündlichkeit vor. Dieser Satz kommt, wie seine Fassung zeigt, wohl für Zwischenstreitigkeiten unter den Parteien in Anwendung (s. unten S. 33), nicht aber für Zwischenstreitigkeiten der Parteien mit Dritten. Die Motive (Seite 20) nennen ferner ausdrücklich den Zwischenstreit mit Dritten unter den Fällen, für welche das Erfordernis der obligatorischen mündlichen Verhandlung nicht besteht. Die mündliche Verhandlung mußte deshalb, da § 128 nicht anwendbar ist, in den Fällen, in denen das Gesetz eine mündliche Verhandlung für notwendig erachtet, ausdrücklich vorgeschrieben werden. Dies ist geschehen in allen drei Fällen. Dagegen ist in der Beschwerdeinstanz die mündliche Verhandlung nur noch fakultativ: § 573 Abs. 1 (vergl. unten S. 22). —

Ein Versäumnisverfahren nach §§ 330, 331 ist beim Ausbleiben einer Zwischenstreitspartei nicht möglich, da die Verhandlung über den Zwischenstreit die Hauptsache nicht betrifft.

Die Frage, ob das Ausbleiben ein Versäumnisverfahren nach § 347 Abs. 2 zur Folge haben kann, wurde früher von einigen Schrift-

[1]) § 129 gilt auch für den Zwischenstreit mit Dritten soweit Anwaltszwang besteht; vergl. die Kommentare zu § 132. — § 336 des preuß. Entw. bestimmt ausdrücklich die Vorbereitung der mündl. Verhandlung über den Zwischenstreit durch Schriftsätze.

[2]) ebenso preuß. Entw. § 336 Abs. 3 und nordd. Entw. § 418 Abs. 2.

stellern bejaht; Wach[1]), Struckmann-Koch[2]) und Fitting[3]) wollten früher ein Versäumnisverfahren nach § 347 Abs. 2 auch beim Zwischenstreite mit Dritten zulassen, haben jedoch ihre Ansicht, weil nicht haltbar, in den neueren Auflagen geändert, so daß heut allgemein von der Theorie ein Versäumnisverfahren für unzulässig erachtet wird. Und dies mit Recht, denn — abgesehen davon, daß die Motive (Seite 236) ausdrücklich die Anwendung des § 347 Abs. 2 auf den Zwischenstreit unter den Parteien beschränken und ein anderes Versäumniszwischenurteil in der Zivilprozeßordnung in der jetzigen Fassung nicht anerkannt ist — es kann schon deshalb das Zwischenurteil im Zwischenstreite mit Dritten nicht als Versäumnisurteil ergehen, weil zur Anfechtung dieser Urteile die sofortige Beschwerde vorgesehen und daher die Zulässigkeit des Einspruchs ausgeschlossen ist. Sonst könnte ja der Zwischenstreit in zwei Instanzen zugleich schweben[4]). Schließlich ist zu beachten, daß das Versäumnisverfahren des § 347 Abs. 2 das Verfahren im Hauptstreit auf den Zwischenstreit beschränken soll, aber der Zwischenstreit der Parteien mit Dritten überhaupt keinen wesentlichen Teil des Hauptverfahrens bildet[5]).

Es ist daher auf Grund der Akten und des mündlichen Vorbringens der erschienenen Zwischenstreitspartei zu entscheiden, und die säumige Partei ist nur mit der näheren Begründung und Darlegung ausgeschlossen[6]).

Wenn auch ein Versäumnisverfahren hier nicht stattfindet, so ist es doch möglich, daß das den Zwischenstreit beendende

---

[1]) Vorträge über die RZPO., 1. Aufl. Bonn 1879, S. 119 N. * (vergl. die 2. Aufl. 1896, S. 157 N. **). — [2]) 5. Aufl. Berlin 1887, zu § 312 a. F. N. 5 (vergl. die 7. Aufl. 1900, § 347 N. 5). — [3]) der Reichszivilprozeß, 5. Aufl. Berlin 1880, S. 231 (die 9. Aufl. 1898, S. 348 drückt sich unbestimmt aus).

[4]) vergl. die Kommentare zu § 347, Troll a. a. O. S. 140 u. a., auch die Entsch. des R. G. Bd. 15 S. 430 (kein Vers.-Urt. geg. den nicht erschienenen Nebenintervenen.).

[5]) vergl. Hellmann, Lehrbuch, S. 621.

[6]) vergl. Faull a. a. O. S. 89 f. und Francke a. a. O. S. 90. — Es gilt also nicht voll der Grundsatz, daß der Richter nur das mündlich Vorgebrachte bei der Entscheidung zu berücksichtigen hat. Ausdrücklich anerkannt ist dies jedoch nur bei dem Zwischenstreite wegen Zeugnisverweigerung, s. S. 27 f.

Zwischenurteil materiell einem Versäumnisurteil gleichkommt, d. h. die Folgen der Versäumung ebenso wie ein Versäumnisurteil ausspricht, vorausgesetzt, daß das Gesetz nicht etwa selbst den Fall der Versäumung regelt, wie im § 388, und daher die gewöhnlichen Versäumnisfolgen ausschließt; aber ein formelles Versäumnisurteil kann dieses Zwischenurteil nicht werden und so niemals dem Einspruch unterliegen[1]). —

Der Anwaltzwang beim Verfahren vor Landgerichten und Gerichten höherer Instanz gilt auch für den Zwischenstreit. Deshalb werden wohl auch die Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen nach § 297 verlesen werden müssen[2]). Für den Rechtsanwalt gilt im Falle des § 135 der § 78 Abs. 3. Für den Zeugen und Sachverständigen ist jedoch durch § 387 Abs. 2 und § 402 vom Anwaltszwang eine Ausnahme gemacht (s. unten S. 28). —

Soweit überhaupt im Zwischenstreit ein Beweisverfahren notwendig wird, genügt als Beweismittel für den Nebenintervenienten und den Zeugen die Glaubhaftmachung (§ 294): § 71 Abs. 1 Satz 2 und § 386 Abs. 1. Der § 135 enthält keine derartige Bestimmung. Man wird hier also, wenn es bei der eigentümlichen Sachlage dieses Zwischenstreits überhaupt zu einer Beweiserhebung kommt, das gewöhnliche Beweisverfahren für angebracht halten müssen, also nach § 461 Abs. 1 auch die Anordnung der Eidesleistung durch Beweisbeschluß.

V. Beendigung des Zwischenstreits

Der Zwischenstreit endigt nicht bloß mit einer Entscheidung des Richters, sondern kann auch, da die in einem Zwischenstreite mit einem Dritten zu entscheidende Frage der freien Verfügung der Zwischenstreitsparteien unterliegt (Ausnahme beim Zwischen-

---

[1]) vergl. v. Bülow a. a. O. S. 830. — Der preuß. Entw. §§ 728, 729 sah beim Nichterscheinen des Nebenintervenienten in der zur Verhandlung des Zwischenstreits bestimmten Sitzung die Nebenintervention als zurückgenommen an, ohne daß es eines Urteils bedurfte. Erging aber ein Urteil, so war es auch kontradiktorisch.

[2]) vergl. Wach, Handbuch des dtsch. Zivilprozeßrechts, Leipzig 1885, S. 634, v. Wilmowski-Levy zu § 269 a. F. Anm. 1, Reincke zu § 297 Anm. 1, Francke S. 82. — A. M. Seuffert zu § 71 Anm. 1 und Gaupp-Stein zu 297 Anm. I 2.

streite mit dem Sachverständigen s. S. 28), durch Verzicht des Zwischenstreitsklägers und durch Anerkenntnis des Zwischenstreitsbeklagten gegenstandslos werden und dadurch seine Erledigung finden.

Ein Verzicht des Zwischenstreitsklägers liegt in der Zurücknahme der Beitrittserklärung durch den Nebenintervenienten, ferner darin, daß die Partei ihren auf Verurteilung des gegnerischen Anwalts gerichteten Antrag zurückzieht. Verzichten kann endlich eine Partei auf den von ihr benannten Zeugen: § 399. — Über den Verzicht auf einen Sachverständigen s. unten S. 28.

Ein Anerkenntnis des Zwischenstreitsbeklagten liegt darin, daß die Partei ihren auf Zurückweisung des Nebenintervenienten gerichteten Antrag zurückzieht, der Anwalt seine Pflicht zur Rückgabe anerkennt und der Zeuge oder Sachverständige seine Weigerung fallen läßt[1]).

Gewöhnlich ist durch Verzicht oder Anerkenntnis der Zwischenstreit erledigt, ohne daß es eines Zwischenurteils bedürfte[2]). Daß jedoch auf Antrag bei ausdrücklichem Verzicht oder ausdrücklichem Anerkenntnis Verurteilung nach Analogie der §§ 306, 307 erfolgen kann, ist wohl anzunehmen[3]). Besonders praktisch dürfte ein solches Urteil im Falle des § 135 sein. —

Der Zwischenstreit erreicht natürlich sein Ende, wenn der Hauptprozeß durch Zurücknahme der Klage, durch Verzicht des Klägers oder Anerkenntnis des Beklagten beendet wird oder das Versäumnis(end-)urteil in der Hauptsache rechtskräftig wird. Denn entsprechend seiner akzessorischen Natur setzt der Zwischenstreit immer einen Hauptstreit voraus, innerhalb dessen er zur Entstehung, Verhandlung und Beendigung kommen muß. Fällt dieser Hauptstreit weg, so wird auch der Zwischenstreit hinfällig. Etwa noch bestehende Ansprüche (z. B. gegen den Anwalt der anderen Partei auf Herausgabe der Urkunde[4]) müssen daher in einer besonderen Klage geltend gemacht werden. —

Für die Beendigung des Zwischenstreits durch richterliche Entscheidung gilt folgendes:

[1]) vergl. Faull a. a. O. S. 91 f.

[2]) vergl. die Entsch. des R.G. in Gruchots Beiträgen Bd. 30 S. 1129.

[3]) vergl. Faull, a. a. O. S. 92.

[4]) Diesen Fall sah § 330 des preuß. Entw. besonders vor.

Form. Für die Entscheidung des Zwischenstreits mit einem Dritten ist der § 303 nicht maßgebend. Dies folgt schon aus der Zusammenstellung des Zwischenstreits mit den selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmitteln und aus dem Zusammenhange: Der Titel „Urteil“ in dem Abschnitte „Verfahren vor den Landgerichten“ bezieht sich nur auf das zwischen den Parteien zu erlassende Urteil. Die Motive (Seite 217) sagen ferner ausdrücklich, daß § 303 nur den Zwischenstreit unter den Parteien betrifft.

Die Zivilprozeßordnung hat vielmehr für alle Fälle des Zwischenstreits mit Dritten das Zwischenurteil ausdrücklich vorgeschrieben; und zwar kann dieses Zwischenstreiturteil nur ein kontradiktorisches sein. Ein Versäumniszwischenurteil ist, wie bereits oben Seite 15 f. auseinandergesetzt wurde, nicht möglich.

Das Zwischenurteil kann auch nicht bedingt erlassen werden. v. Bülow[1]) nimmt es allerdings an. Man kann ihm aber nicht beipflichten, da die Zivilprozeßordnung nicht ein durch eine eidesstattliche Versicherung, sondern nur ein durch Eidesleistung bedingtes Zwischenurteil kennt (§ 461 Abs. 2) und dieses auch nur bei der Entscheidung über ein selbständiges Angriffs- und Verteidigungsmittel[2]). Ein bedingtes Urteil ist für die Fälle der Glaubhaftmachung (§§ 71, 386 ff.) auch schon deshalb ausgeschlossen, weil durch ein solches Urteil dem Grundsatze des § 294 Abs. 2 zuwider gehandelt würde, wonach eine Beweisaufnahme sofort erfolgen muß. Aber auch im Falle des § 135, für den der Beweis auf die Glaubhaftmachung nicht beschränkt ist, kann das Zwischenurteil nicht bedingt ergehen, da der Eid nach § 449 nur einer Partei zugeschoben werden kann und der richterliche Eid nach § 475 auch nur einer Partei auferlegt werden kann. Unter „Partei“ ist in diesen §§ aber nur die Prozeßpartei, nicht auch die Zwischenstreitspartei zu verstehen.

Die Entscheidung über den Zwischenstreit darf nicht zugleich in dem den Rechtsstreit selbst entscheidenden Endurteil enthalten sein[3]). Es würde dadurch immer eine der beiden Zwischenstreits-

[1]) a. a. O. S. 830. — [2]) vergl. Francke a. a. O. S. 94.

[3]) Dies ist für den Fall der Zeugnisverweigerung vom R. G. (Bd. 13 S. 415, in Gruchots Beiträgen Bd. 29 S. 1097 u. Bd. 30 S. 1129) ausgesprochen worden, da „das unter den Prozeßparteien ergangene Endurteil

parteien benachteiligt werden, indem ihr die Möglichkeit genommen wäre, das für diese Fälle des Zwischenurteils vorgesehene Rechtsmittel sofort einzulegen; die Entscheidung des Zwischenstreits könnte dann erst nach Erlaß des Endurteils angefochten werden, falls dieses überhaupt noch anfechtbar ist. Damit aber würde der Zweck des Gesetzes, das die sofortige Beschwerde „im Interesse baldiger Erledigung des Zwischenstreits“[1], und um den Gang des Hauptprozesses nicht aufzuhalten[2], gibt, nicht erreicht. Deshalb ist auch nach den §§ 71, 135, 387 — im Gegensatze zu den Zwischenstreitigkeiten unter den Parteien (§ 303) — das Zwischenurteil obligatorisch, ausgenommen, wenn der Zwischenstreit durch Verzicht oder Anerkenntnis erledigt wird (s. oben S. 18)[3].

Inhalt. Da beiden Prozeßparteien Gelegenheit geboten wird, ihre Meinung zu äußern, ist auch die Entscheidung einheitlich, beide Parteien bindend, auch wenn sich eine Prozeßpartei an dem Zwischenstreite nicht beteiligte. Daher ist im Falle des § 71 der Nebenintervenient beiden Parteien gegenüber zuzulassen oder auszuschließen; eine beschränkte Zulassung, nur einer Partei gegenüber, kennt das Gesetz nicht[4]. Ebenso wird für den Fall des § 387 die Entscheidung für beide Parteien bindend abgegeben.

---

das zwischen ihnen und dem Zeugen entscheidende Zwischenurteil nicht zu ersetzen vermag“. Dieselben Gründe treffen auch für die übrigen Fälle des Zwischenstreits zu. — Sollte aber trotzdem unstatthafter Weise die Entscheidung über den Zwischenstreit mit dem Endurteil verbunden werden, so ist doch das einzige zulässige Rechtsmittel die sofortige Beschwerde, da diese „lediglich äußere Verbindung an dem Charakter der Entscheidung nichts ändert“. (s. die Entsch. des R. G. in Bd. 10 S. 339, Bd. 15 S. 413, Bd. 18 S. 140, Bd. 38 S. 402, Jur. Woch. 97 S. 5 Nr. 19). Die Gestattung der Berufung und Revision hätte formelle Schwierigkeiten (vergl. Mot. zu § 71 und hann. Prot. X 3863, 64).

[1]) Engelmann, Der Zivilprozeß, Bd. III, Breslau 1901, S. 200. —

[2]) vergl. auch die Motive S. 88 und die Motive zum preuß. Entw. zu §§ 727—731.

[3]) vergl. Schepers, Befugnis des Gerichts zur Trennung der Verhandlg. u. Entscheidg., in Gruchots Beiträgen Bd. 24 S. 866, v. Bülow a. a. O. S. 830 und die Entsch. d. R. G. ebenda Bd. 29 S. 1096 f. — Nach § 728 des preuß. Entw. war das Zwischenurteil bei Zurückweisung des Nebenintervenienten nicht obligatorisch.

[4]) vergl. Entsch. des R. G. in Gruchots Beiträgen Bd. 40 S. 658, Jur. Woch. 96 S. 146 Nr. 3. — vergl. auch Faull a. a. O. S. 90 f.

Bei § 135 wird eine für beide Parteien einheitliche Entscheidung nicht vorkommen, da die Parteien ja nicht selbst im Prozesse handelnd auftreten werden.

Entscheidung über die Kosten. Die Zivilprozeßordnung enthält keine Vorschriften über die Festsetzung der Kosten des Zwischenstreits. § 101 spricht nur von den durch eine Nebenintervention verursachten Kosten, d. h. von den Kosten, die dadurch entstehen, daß ein Dritter zugelassen ist als Intervenient, nicht aber von den Kosten des Streites um die Zulassung[1]). Die Natur des Zwischenstreits mit Dritten ergibt aber, daß die Kostenentscheidung nicht dem Endurteile vorbehalten werden kann. Die Endurteile regeln nur das Rechtsverhältnis zwischen den Prozeßparteien und können nicht einen Dritten, dessen Beteiligung am Prozesse möglicherweise gar nicht bis zum Zeitpunkte der Fällung des Endurteils gedauert hat, (z. B. den die Aussage verweigernden Zeugen, den zurückgewiesenen Nebenintervenienten) verurteilen. Die Zwischenurteile dagegen bilden selbst die Endentscheidungen der Zwischenstreite und haben deshalb auch über die Kosten des Zwischenstreits zu erkennen[2]). Die §§ 91 ff. werden hierbei entsprechend angewandt. Im einzelnen vergl. für den Zwischenstreit mit dem Anwalt S. 26.

Vollstreckbarkeit. Nach § 794 Nr. 3 unterliegen die Zwischenurteile über Zwischenstreitigkeiten mit Dritten der Zwangsvollstreckung. Diese findet im Falle des § 135 nach § 883, nicht nach § 888 statt[3]). In den übrigen Fällen des Zwischenstreits mit Dritten wird die Zwangsvollstreckung nicht praktisch, vielmehr hat das Gericht kraft seiner sitzungspolizeilichen Gewalt und Strafbefugnis (§ 390) Mittel in der Hand, seine Entscheidungen durchzuführen[4]).

---

[1]) vergl. Meyer, die Entscheidung über d. Kosten, i. d. Zeitschr. für dtsch. Zivilpr. Bd. 7 S. 327.

[2]) soweit nicht etwa Gebührenfreiheit herrscht (s. § 47 Nr. 6, 7 des Ger. Kostenges.). — vergl. Entsch. d. R.G. in Bd. 47 S. 431. — vergl. jedoch bei Zulassung des Nebenintervenienten S. 25.

[3]) vergl. die Kommentare zu § 135. — § 329 des preuß. Entw. und § 125 Abs. 4 des hann. Entw. schrieben für diesen Fall die vorläufige Vollstreckbarkeit vor. — vergl. Motive S. 130.

[4]) vergl. Faull a. a. O. S. 92 f.

Anfechtung. Zur Anfechtung der Entscheidung gibt die Zivilprozeßordnung nur die sofortige Beschwerde (§ 71 Abs. 2, § 135 Abs. 3, § 387 Abs. 3,[1]). Die übrigen Rechtsmittel (s. §§ 512, 548) und der Einspruch sind deshalb ausgeschlossen, selbst wenn das Gericht fälschlich die Entscheidung im Endurteil trifft. (vergl. S. 19 Anm. 1.)

Für die sofortige Beschwerde gelten die gewöhnlichen Regeln des § 577. So hat vor allem die obsiegende Partei durch Zustellung des Zwischenurteils[2]) die Rechtsmittelsfrist zu eröffnen, doch ist es zulässig, das Rechtsmittel schon vor der Zustellung des Zwischenurteils einzulegen[3]). Aufschiebende Wirkung hat die sofortige Beschwerde nicht: § 572[4]). In der Beschwerdeinstanz ist die mündliche Verhandlung nicht mehr obligatorisch: § 573.

Die Möglichkeit, ein Zwischenurteil durch Beschwerde anzufechten, ist natürlich ausgeschlossen, wenn der Zwischenstreit in der Revisionsinstanz geschwebt hat: § 577 Abs. 3.

§ 3

Der Begriff des Zwischenstreits mit Dritten

Unter Zusammenfassung der bisher dargelegten, für die drei Fälle des Zwischenstreits mit Dritten gemeinsamen Regeln ist es nunmehr möglich, einen Begriff des Zwischenstreits mit Dritten aufzustellen. Der Zwischenstreit mit Dritten ist der während eines anhängigen Prozesses entstehende[5]) und in diesem nach vorgängiger mündlicher Verhandlung[6]) zu erledigende[7]) Streit zwischen einer Partei oder beiden Parteien und einem Dritten, dessen Entscheidung

[1]) ebenso der hannöv. Entw. § 600 Nr. 1, der allerdings die technische Bezeichnung „sofortige" Beschwerde nicht kannte, wohl aber auch die zweiwöchige Frist für die Fälle des Zwischenstreits festsetzte (§ 602); ebenso §§ 815 Nr. 1, 820 des nordd. Entw.

[2]) nach dem preuß. Entw. § 731 Abs. 2 bedurfte es der Zustellung des den Nebenintervenienten zurückweisenden Zwischenurteils nicht. Nach § 820 des nordd. Entw. begann die Frist mit der Verkündung.

[3]) vergl. die Entsch. d. R. G. in Bd. 29 S. 341, Bd. 40 S. 391, Bd. 43 S. 415.

[4]) vergl. Motive S. 130.

[5]) s. oben S. 11. [6]) s. oben S. 15. [7]) s. oben S. 17 f.

durch ein mit sofortiger Beschwerde anfechtbares[1]) Zwischenurteil[2]) zu erfolgen hat.

Diese Begriffsbestimmung wird im wesentlichen von allen Schriftstellern gegeben.

§ 4

Die einzelnen Bestimmungen für die drei Fälle des Zwischenstreits mit Dritten

I. Der Zwischenstreit mit dem Nebenintervenienten

Ladung. (Im allgemeinen vergl. oben S. 15) Gewöhnlich wird nach der Beitrittserklärung in dem nächstfolgenden Termine zur mündlichen Verhandlung auch über den Zwischenstreit verhandelt werden. Für diesen Fall bedarf es keiner besonderen Ladung zum Zwischenstreite. Ladet jedoch eine Partei nach der Beitrittserklärung des Intervenienten zu einem neuen Termine oder bestimmt das Gericht einen neuen Termin, nachdem der Interventionsschriftsatz beim Gericht eingegangen ist (§ 70 Abs. 2 mit § 133), so muß auch der Nebenintervenient geladen werden (§ 71 Abs. 3). Gewöhnlich wird diese Ladung allgemein zur mündlichen Verhandlung ergehen, also auch zur Verhandlung über die Hauptsache, doch kann eine Partei auch lediglich zur Verhandlung über den Zwischenstreit laden, und ebenso kann das Gericht den Termin lediglich hierfür bestimmen.

Verhandlung. Der Antrag auf Zurückweisung kann in der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache oder in dem für den Zwischenstreit bestimmten besonderen Verhandlungstermin gestellt werden. Auch Zustellung durch Schriftsätze verbunden mit Ladung ist möglich[3]).

Den Antrag kann nicht bloß die Partei stellen, die der Intervenient unterstützen will, sondern auch die andre oder auch beide zusammen. Im letzteren Falle gelten die Prozeßparteien für den Zwischenstreit als Streitgenossen (s. oben S. 14) Nicht antragsberechtigt ist jedoch die Partei, die dem Intervenienten den Streit verkündet hat, außer wenn sie die Verletzung der Form des § 70 rügt, „denn die Streitverkündung ist Einladung zur Intervention[4]).

---

[1]) s. oben S. 22. [2]) s. oben S. 19.

[3]) vergl. Gaupp-Stein zu § 71 Anm. I 3, Seuffert ebenda Anm. 1, Endemann Bd. I S. 347.

[4]) vergl. Seuffert zu § 71 Anm. 1, Gaupp-Stein ebenda Anm. I 2.

Stellt eine Partei in der ersten mündlichen Verhandlung nach Zustellung des Interventionsschriftsatzes nicht den Antrag auf Zurückweisung und verhandelt bei Kenntnis der Sachlage zur Hauptsache, so erkennt sie damit stillschweigend die Zulässigkeit der Intervention an und kann späterhin nicht mehr die Zurückweisung beantragen, außer wenn sie dartut, daß sie die Intervention nicht anerkennen wollte, oder daß ihr die Gründe für die Zurückweisung vorher nicht bekannt waren noch bekannt sein mußten (§ 295)[1]). Eine nachträgliche Stellung des Antrags ist jedoch gestattet, wenn das Interesse des Intervenienten an der Beteiligung erlischt[2]).

Der Antrag der Widersprechenden kann auch auf rein prozessuale Voraussetzungen gestützt werden[3]). —

Die Stellung des Nebenintervenienten. Der Nebenintervenient kann auch gegen den Willen der Partei, welcher er beitreten will, zugelassen werden[4]). Er hat das Recht, sich am Verfahren über den Zwischenstreit zu beteiligen nicht nur bis zur Erhebung des Widerspruchs sondern bis zur Rechtskraft des Zwischenurteils, das seine Zurückweisung ausspricht: § 71 Abs. 3[5]). Bis dahin kann er alle Rechte eines Nebenintervenienten ausüben. Ist er aber einmal rechtskräftig zurückgewiesen, so kann er den Beitritt — außer, wenn er nur wegen formaler Mängel des Interventionsschriftsatzes zurückgewiesen wurde — nur gestützt auf neue Gründe wiederholen[6]). Mit der Zurückweisung verlieren die vom Intervenienten vorgenommenen Prozeßhandlungen ihre Wirksamkeit[7])[8]).

---

[1]) Der nordd. Entw. § 106 sprach dies ausdrücklich aus. Die ZPO. tut dies nicht, vergl. aber Motive S. 88. – vergl. Wach, Handbuch S. 635, die Kommentare und die Entsch. des R. G. in Bd. 15 S. 396, Jur. Woch. 96 S. 369 Nr. 1, 93 S. 196 Nr. 2.

[2]) vergl. Petersen-Anger zu § 71 Anm. 2.

[3]) vergl. Wach, Handbuch, S. 634, Gaupp-Stein zu § 71 Anm. I 3.

[4]) vergl. Seuffert ebenda Anm. 1.

[5]) ebenso der nordd. Entw. § 106 Abs. 2. Der preuß. Entw. § 729 schloß den Intervenienten schon mit der Verkündung des Urteils aus.

[6]) vergl. die Entsch. des R. G. in Bd. 23 S. 342, Jur. Woch. 89 S. 107 Nr. 3.

[7]) vergl. Wach, Handbuch, S. 636 und die Kommentare.

[8]) Eigenartig ist im preuß. Entw. (§ 731 Abs. 2), daß dem Inter-

Beschwerde. Das Recht, Beschwerde einzulegen, hat bei Zulassung der Intervention jede Prozeßpartei, welche sich mit dem Beitritt nicht schon einverstanden erklärt hat, bei Zurückweisung des Intervenienten nur dieser, nicht auch die Prozeßpartei, die den Beitritt unterstützte, weil ja der Intervenient freiwillig zurücktreten kann[1][2]).

Kosten (vergl. oben S. 21). Bei Zurückweisung des Intervenienten ist dieser durch entsprechende Anwendung des § 91 zu den Kosten des Zwischenstreits zu verurteilen, da er aus dem Prozesse ausscheidet und das Zwischenurteil deshalb für ihn den Charakter eines Endurteils hat. — Wird der Intervenient gegen den Antrag der Partei, der er beitreten will, zugelassen, so ist diese Partei zu den Kosten des Zwischenstreits zu verurteilen. Hat jedoch die Gegenpartei widersprochen, so gehören die Kosten des Zwischenstreits zu den Kosten der Nebenintervention, über die nach § 101 im Endurteile zu entscheiden ist. Haben beide Prozeßparteien widersprochen, dann hat die Partei, der der Dritte beitreten will, die Hälfte der Zwischenstreitskosten zu tragen; über die andre Hälfte ist nach § 101 erst im Endurteil zu erkennen[3]).

II. Der Zwischenstreit mit dem Anwalt

Anwendungsgebiet des § 135. § 135 gilt nur für Anwalts- und solche Parteiprozesse, in denen beide Parteien durch Anwälte vertreten sind.

Zwischenstreitsparteien. Der Zwischenstreit findet nur zwischen der zurückfordernden Partei und dem gegnerischen Anwalte als dem Dritten statt, nicht auch mit der von ihm vertretenen Partei[4]).

---

venienten nach seiner Zurückweisung auch noch eine gewisse Teilnahme am Hauptprozesse gesichert blieb, indem ihm im Falle der Zurückweisung das Endurteil in der Hauptsache zugestellt werden mußte.

[1]) vergl. Seuffert zu § 71 Anm. 2 und andere Kommentare.

[2]) Hier sei bemerkt, daß nach dem preuß. Entw. (§ 730) das Urteil, das den Nebenintervenienten zurückwies, diesem gegenüber als Endurteil galt, also mit den gegen solche gegebenen Rechtsmitteln anfechtbar war.

[3]) vergl. Francke S. 93 f., Meyer in der Zeitschr. f. deutsch. Zivilprozeß Bd. 7 S. 327 f.

[4]) Der vom Rechtsanwalt nach § 19 der Rechtsanwaltsordnung be-

Ladung. Der zur Rückgabe verpflichtete Anwalt wird vom Anwalt der Gegenpartei zur Verhandlung über den Zwischenstreit geladen[1]). Die Ladung kann dem den Antrag auf Verurteilung enthaltenden Schriftsatze beigefügt sein.

Entscheidung. Da nur der Anwalt, nicht auch seine Partei Zwischenstreitsbeklagter ist, so ist er persönlich zur unverzüglichen Rückgabe und zur Tragung der Kosten[2]), zu verurteilen, wenn nach dem Antrage erkannt wird; bei Abweisung des Antrages wird jedoch die Partei, von der oder für die der Antrag gestellt wurde, zu den Kosten verurteilt.

Die Verurteilung kann erst geschehen, wenn die Rückgabe nach Ablauf der bestimmten Frist nicht erfolgt. Das Gesetz bestimmt hier die Frist nicht. Es gilt wohl die Frist des § 134 Abs. 2[3]).

Beschwerde. Die zur Anfechtung der Entscheidung gegebene sofortige Beschwerde steht jeder Zwischenstreitspartei im Falle ihres Unterliegens zu[4]).

III. Der Zwischenstreit mit dem Zeugen und dem Sachverständigen

Ladung. Ist der Zeuge oder Sachverständige vor dem Prozeßgericht zu vernehmen, so erfolgt die Verhandlung über den Zwischenstreit in dem zur Beweisaufnahme und Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmten Termin (§ 370), ohne

---

stellte ständige Zustellungsbevollmächtigte steht diesem nach Abs. 2 des genannten Paragraphen gleich, nicht aber andere Zustellungsbevollmächtigte; vergl. Petersen-Anger zu § 135 Anm. 1 und andere Kommentare. A. M. Gaupp-Stein ebenda Anm. 1.

[1]) vergl. hann. Entw. § 125 Abs. 3.

[2]) Dies bestimmte ausdrücklich der preuß. Entw. § 329 Abs. 2. Auch zu einer Geldstrafe konnte der Anwalt verurteilt werden: § 328 a. a. O.

[3]) wie im nordd. Entw. §§ 194 Abs. 2, 193. — vergl. Gaupp-Stein zu § 135 Anm. II, Struckmann-Koch ebenda Anm. 2, Reincke S. 154. — Seuffert ebenda Anm. 3, v. Wilmowski-Levy Anm. 2, Endemann Bd. I S. 464 und Petersen-Anger Anm. 2 überlassen die Fristbestimmung dem mitteilenden Anwalt und geben der Frist des § 134 nur subsidiäre Bedeutung; vergl. hann. Entw. § 125 Abs. 2. Förster-Engelmann 2. Aufl. Berlin 1902/4, zu § 135 Anm. 2 will nur die vom Anwalte gesetzte Frist gelten lassen.

[4]) Nach § 329 d. preuß. Entw. konnte das Zwischenurteil sofort mit den in der Hauptsache zulässigen Rechtsmitteln angefochten werden.

daß es neben der Ladung zum Erscheinen als Zeuge noch einer besonderen Ladung zur Verhandlung über den Zwischenstreit bedürfte. Hat jedoch der Zeuge vor dem ersuchten oder beauftragten Richter seine Weigerung erklärt, so ist er von Amtswegen zur Verhandlung über den Zwischenstreit vor dem Prozeßgericht zu laden: § 389 Abs. 2.

Zwischenstreitsparteien. Da der Zeuge und der Sachverständige in dem Zwischenstreite selbst Partei sind und in dem zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit ihrer Weigerung anberaumten Termine nicht zu erscheinen brauchen (§ 388), können sie, wenn sie doch bei der mündlichen Verhandlung erscheinen, Zeugen- und Sachverständigengebühren nicht beanspruchen, selbst wenn die Weigerung für begründet erachtet wird [1]). Denn sie sind Partei im Zwischenstreite und müssen auch als Partei geladen werden, nicht etwa nach § 377 [2]). Lassen sie jedoch in dem zur Verhandlung über den Zwischenstreit bestimmten Termine ihre Weigerung fallen und werden sie sofort vernommen, so haben sie keine Parteieigenschaft mehr und können nun Gebühren verlangen [3]).

Verhandlung. Da die Zivilprozeßordnung bei diesem Zwischenstreite von dem Grundsatze der Mündlichkeit und Einheit der Verhandlung abweicht, gelten hier besondere Bestimmungen. Es wird zwar der Zwischenstreit immer in der mündlichen Verhandlung entschieden, aber der Richter hat nicht nur die Tatsachen zu berücksichtigen, die hier vorgebracht werden, sondern auch z. B. schriftliche Erklärungen [4]): § 388 schreibt für den Fall, daß der Zeuge, der vor dem Prozeßgerichte zu vernehmen ist, seine Weigerung schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt hat und im Termine ausbleibt, eine Berichterstattung durch ein Mitglied des Prozeßgerichts vor; nach § 389 Abs. 3 hat immer eine Berichterstattung zu erfolgen, wenn

---

[1]) vergl. Entsch. d. R. G. in Bd. 28 S. 438, Bd. 43 S. 410. — A. M. Meyer in d. Zeitschr. f. dtsch. Zivilpr. Bd. 17 S. 463.

[2]) vergl. Entsch. d. R. G. in Jur. Woch. 99 S. 73 Nr. 9.

[3]) anders die Entsch. d. R. G. in Jur. Woch. 99 S. 162 Nr. 7; „zu formalistische Ansicht, führt in ihren Konsequenzen zu unnötigen Weiterungen und unhaltbaren Ergebnissen“ (Neukamp, Göttingen 1900, zu § 387 Anm. 2).

[4]) vergl. Seuffert zu § 388.

die Weigerung vor dem ersuchten oder beauftragten Richter geschah, gleichgültig, ob der Zeuge im Termine vor dem Prozeßgericht erschienen ist oder nicht. Für diesen zweiten Fall gilt auch die Eventualmaxime insofern, als Parteien und Zeuge mit der Vorbringung neuer Tatsachen und Beweismittel, selbst wenn sie erst später entstanden sind, ausgeschlossen sind (§ 389 Abs. 3 a. E.), einer der wenigen Fälle, in denen die Eventualmaxime in unserer Zivilprozeßordnung zum Durchbruch gekommen ist, um möglichst eine Verzögerung des Verfahrens zu vermeiden [1]).

Neues Material kann aber wohl ein erneutes Weigerungsrecht begründen und damit einen neuen Zwischenstreit hervorrufen. –

Verzicht (vergl. im allg. oben S. 18). Wenn die beweisführende Partei auf den die Aussage verweigernden, aber erschienenen Zeugen unter ausdrücklicher oder stillschweigender Anerkennung seiner Weigerungsgründe verzichtet und die Gegenpartei seine Vernehmung verlangt (§ 399), so wird dadurch der zwischen der beweisführenden Partei und dem Zeugen schwebende Zwischenstreit nicht fortgesetzt, falls der Zeuge auf seiner Weigerung beharrt. Dieser Zwischenstreit wird vielmehr beendet und ein neuer entsteht und kann sofort in derselben Verhandlung verhandelt und entschieden werden, in der der frühere Zwischenstreit hätte verhandelt und entschieden werden können.

Die Partei, die einen Sachverständigen benannt hat, kann auf dessen Vernehmung nicht verzichten, da nach § 403 die Antretung des Beweises nur durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte angetreten wird (Gegensatz: § 373) und die Beweiserhebung der Verfügung der Parteien entzogen ist [2]). –

§ 387 Abs. 2 entbindet den Zeugen vom Anwaltzwange. Dies gilt auch für den Sachverständigen (vergl. im allgem. oben S. 17) [3]).

Vollstreckbarkeit. Das Gericht kann gegen die eine Aussage verweigernden Zeugen und Sachverständigen Zwangsmaß-

[1]) vergl. auch § 515 Abs. 3 d. nordd. Entw. und § 485 Nr. 2 d. preuß. Entw. und die Motive hierzu.

[2]) A. M. v. Wilmowski-Levy zu § 367 a. F. Anm. 1, der die Befugnis des Gerichts zur Vernehmung von Sachverständigen neben dem Verzichte der Partei selbständig bestehen läßt.

[3]) Ebenso §§ 485 Nr. 1, 498 d. preuß. Entw. und § 515 Abs. 3 des nordd. Ent.

regeln (§§ 390, 409) ergreifen; doch sind diese, wenn der Zeuge oder Sachverständige nach Erlaß des Zwischenurteils auf der Weigerung beharrt, nicht vor dessen Rechtskraft (§ 705) vollstreckbar, da § 390 ausdrücklich eine rechtskräftige Entscheidung voraussetzt, auch kann er nicht eher vernommen werden (vergl. Meyer in d. Zeitschr. f. dtsch. Zivilpr. Bd. 17 S. 461); das Beweisverfahren muß also unterbrochen werden.

Beschwerde. Wird die Weigerung im Zwischenurteile für begründet erklärt, so steht das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde dem Beweisführer zu, dessen Gegner nur, wenn auch er die Vernehmung des Zeugen verlangt hat (§ 399)[1]; also wenn auch er Zwischenstreitspartei ist.

Erachtet jedoch das Urteil die Weigerung für unberechtigt, so hat nur der Zeuge, nicht auch der Gegner des Beweisführers das Beschwerderecht[2] [3].

[1]) siehe die Kommentare zu § 387.

[2]) vergl. Entsch. d. R. G. in Bd. 20 S. 378 u. Bd. 47 S. 431, in Gruchots Beiträgen Bd. 34 S. 751, Bd. 39 S. 1143, in Jur. Woch. 95 S. 165 Nr. 11, Seuff. Arch. Bd. 48 S. 353. — vergl. auch Meyer a. a. O. — Gaupp-Stein zu § 387 Anm. III gibt, wenn die Weigerung für begründet erklärt wird, beiden Parteien die Beschwerde, wenn das Gericht die Weigerung verwirft, nur dem Zeugen.

[3]) § 486 d. preuß. Entw. gibt dem Zeugen gegen das Zwischenurteil die gewöhnlichen Rechtsmittel; der Beweisführer hat dagegen keine selbstständigen Rechtsmittel sondern nur die Befugnis, zugleich mit dem Rechtsmittel gegen das Haupturteil auch das Zwischenurteil anzufechten: § 487 pr. Entw. und die Motive hierzu.

Zweiter Teil

Der Zwischenstreit unter den Parteien

§ 5

Der Begriff des Zwischenstreits unter den Parteien

Zwischenstreit unter den Parteien ist der innerhalb eines anhängigen Rechtsstreits entstehende und nach obligatorischer mündlicher Verhandlung zu erledigende Streit der Parteien untereinander über eine prozessuale Frage, dessen Entscheidung die Hauptsache selbst unmittelbar nicht betrifft (nicht direkt präjudiziell ist,[1]).

Begründung. Den § 366, den einzigen Fall, in dem die Zivilprozeßordnung einen Tatbestand „Zwischenstreit" nennt, zur Begriffsbestimmung hier heranzuziehen, ist vergeblich, da der § 336 allgemein von einem Streite spricht, „von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig und zu dessen Entscheidung der Richter nicht berechtigt ist." Streitigkeiten, die diese beiden Merkmale haben, können aber sehr mannigfaltig sein (vergl. S. 37). Aus § 366 läßt sich höchstens entnehmen, daß der Zwischenstreit oft in der Beweisaufnahme vorkommen wird. Außerdem ist es zweifelhaft, ob das Gesetz das Wort „Zwischenstreit" an dieser Stelle im eigentlichen, technischen Sinne anwendet.

Der Zwischenstreit ist ein Teil eines anhängigen Prozesses[2]). Wie schon der Name sagt, ist Zwischenstreit ein Streit, der in einen bereits anhängigen und noch nicht beendeten

[1]) ähnlich Fitting a. a. O. S. 109, Gaupp-Stein zu § 303 I 2, Seuffert ebenda Anm. 3, derselbe zu § 347 Anm. 3a, Hellmann, Lehrb., S. 316, Faull a. a. O. S. 48, Reincke S. 317 u. a. m.

[2]) Schollmeyer a. a. O. S. 7 ff., 66 ff., Faull a. a. O. S. 17.

Rechtsstreit fällt, also in die Zeit zwischen der Rechtshängigkeit und dem Ende des Prozesses, d. h. bis zur Rechtskraft des Endurteils, bis zur Zurücknahme der Klage, bis zum Vergleich usw. Der Zwischenstreit steht also im Gegensatz zum formellen Rechtsstreit. Diesen Gegensatz kennzeichnet auch der § 347 Abs. 2. Hier wird ausnahmsweise das Versäumnisverfahren und das Versäumnisurteil auf die Erledigung des Zwischenstreits „beschränkt", die Hauptsache wird also nicht berührt, und ein Versäumnisurteil kann nicht zur Hauptsache ergehen. Aber eine solche „Beschränkung" ist nicht denkbar, wenn ein Zwischenstreit auch außerhalb eines anhängigen Prozesses, vorher oder nachher, allein, ohne Hauptsache stattfinden könnte. Eine „Beschränkung" auf den Zwischenstreit ist also naturgemäß nur möglich, wenn der Zwischenstreit ein Bestandteil eines bereits anhängigen, noch nicht beendeten Prozesses ist[1]). — Diesen Satz bestätigen auch die Motive. Sie sagen (Seite 217, 283), das Zwischenurteil, das den Zwischenstreit der Parteien entscheidet, bereite das Endurteil vor, sei ein „antizipierter Bestandteil, ein Element der Endentscheidung" und könne deshalb nur mit dieser zugleich angefochten werden. Enthält aber das Zwischenurteil eine Vorbereitung des Endurteils, so kann der Zwischenstreit auch nicht mehr nach Beendigung des Prozesses möglich sein. Deshalb bilden Streitigkeiten über Anordnung eines Arrestes (§§ 916 ff.)[2]), über die Zulässigkeit einer Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises (§§ 485 ff.), über Erlaß einer einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff.)[3]) nicht, wie v. Bülow a. a. O. S. 815 fälschlich[4]) annimmt, ebensowenig wie ein Streit über das Vollstreckungsverfahren, über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides (§ 900) einen Zwischenstreit. Denn alle diese Streitigkeiten liegen außerhalb eines Prozesses.

Der Zwischenstreit ist ein Streit über eine dem formellen Rechte angehörende Frage[5]). § 214 stellt den

---

[1]) Hellmann, Lehrb., S. 621.

[2]) nach § 821 des preuß. Entw. liegt hier ein Zwischenstreit vor.

[3]) nach § 734 des nordd. Entw. liegt hier ein Zwischenstreit vor.

[4]) wohl verleitet durch den preuß. und nordd. Entw., s. die letzten Anmerkungen.

[7]) so schon der preuß. Entw. § 336.

Zwischenstreit in Gegensatz zur „Hauptsache", d. h. zur materiellen Streitsache, zum Anspruch. Ferner unterscheiden die §§ 303, 461 den Zwischenstreit von den selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmitteln, schließen letztere also vom Inhalt eines Zwischenstreits aus. Die Zivilprozeßordnung begrenzt begrifflich auch die selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht, gebraucht aber den Ausdruck außer in den genannten §§ noch in §§ 146, 289. Beispiele von Angriffs- und Verteidigungsmitteln (nicht „selbständigen") werden im § 278 genannt: Einreden, Widerklage, Repliken Hieraus kann man wohl mit Fitting, Reichszivilprozeß, S. 107 ff. und Schollmeyer a. a. O. S. 48 annehmen, daß Angriffs- und Verteidigungsmittel Rechtsbehelfe sind, deren sich eine Partei bedienen kann, um ihrem Angriff oder ihrer Verteidigung zum Erfolg zu verhelfen, einschließlich Beweismittel und Beweiseinreden. Klage, Klagebeantwortung, Rechtsmittel gehören also nicht hierher, da sie nicht „Mittel" sind sondern Angriff und Verteidigung selbst. Auch die Widerklage gehört folgerichtig nicht in die Aufzählung des § 278 und deshalb auch nicht zu dem engeren Begriff der selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmittel[1]). Selbständig sind solche Angriffs- und Verteidigungsmittel, wenn sie unmittelbar, d. h. für sich allein ohne weitere „Mittel" die Endentscheidung in der Hauptsache, über den Anspruch beeinflussen. Solchen Charakter können auch die im § 146 aufgezählten Beispiele, Klagegründe, Einreden, Repliken, haben.

Während § 214 schon deutlich darauf hinweist, daß der Zwischenstreit nicht dem materiellen Recht angehört, scheinen die von den Angriffs- und Verteidigungsmitteln handelnden Gesetzesstellen dafür zu sprechen, daß diese ausschließlich dem materiellen Rechte entnommen sind. Dieser Ansicht sind auch z. B. v. Bülow a. a. O. S. 810 ff., Fitting a. a. O. S. 108, Faull a. a. O. S. 31 ff., Schollmeyer a. a. O. S. 48 ff., Hoffmann a. a. O. S. 193 ff., 200, Hergenhahn, zur Beurteilung der Statt-

[1]) vergl. Entsch. d. R. G. in Gruchots Beiträgen Bd. 35 S. 1183. — Hoffmann, der Eidesbeweisbeschluß des § 426 (a. F.), in Gruchots Beiträgen Bd. 27 S. 193 ff., Meyer in der Zeitschr. f. dtsch. Zivilprozeß Bd. 7 S. 304 f., Marwitz, Das Urteil in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten, Berlin 1902, S. 35 ff.

haftigkeit und Zweckmäßigkeit von Zwischenurteilen im Sinne des § 275 (a. F.), im Archiv für zivilist. Praxis Bd. 79 S. 112 u. a. m. Ob aber die selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmittel auf die materialia causae zu beschränken sind oder ob sie auch dem Prozeßrechte angehörende Streitpunkte umfassen, die, wenn begründet, an sich geeignet sind, die Entscheidung in der Hauptsache unmittelbar herbeizuführen (direkt präjudizielle Streitpunkte), (so z. B. v. Wilmowski-Levy zu § 137 a. F. Anm. 1, Gaupp-Stein zu § 146 Anm. I, Reincke S. 316, Schepers a. a. O. S. 762, Hellmann, Lehrbuch, S. 312 ff. 316, Brettner, zur Lehre von dem Zwischenurteile unter den Parteien, im Magazin f. d. dtsch. Recht der Gegenwart Bd. 5 S. 286 u. a. m.; vergl. auch Entsch. d. R. G. in Bd. 15 S. 399) kann hier[1]) dahingestellt bleiben, da diese Streitfrage hier nicht zu erörtern ist; jedenfalls sind alle materiellen, unmittelbar die Entscheidung über den Klaganspruch beeinflussenden Rechtsbehelfe von dem Gebiete des Zwischenstreits ausgeschlossen. Also kann ein Zwischenstreit nur eine prozessuale Frage berühren.

Der Zwischenstreit steht unter dem Grundsatze der obligatorischen mündlichen Verhandlung. Da, wie (S. 30 f.) entwickelt wurde, der Zwischenstreit ein Teil eines anhängigen Rechtsstreits ist, gilt auch für ihn die Vorschrift des § 128, daß über ihn mündlich zu verhandeln ist. Auch erwähnen die Motive (S. 20) bei Aufzählung der Fälle, für die eine obligatorische mündliche Verhandlung nicht erforderlich ist, zwar den Zwischenstreit mit Dritten, nicht aber den unter den Parteien. Klar und deutlich ist das Erfordernis der mündlichen Verhandlung für den Zwischenstreit der Parteien vorausgesetzt in den §§ 214 Abs. 1 und 366 Abs. 2. § 132 bestimmt für die Zustellung der vorbereitenden Schriftsätze im Zwischenstreite die Einhaltung einer besonderen Frist vor der mündlichen Verhandlung. Nach § 347 Abs. 2 ist ein Versäumniszwischenurteil möglich, wenn der Termin zur mündlichen Verhandlung lediglich über den Zwischenstreit bestimmt ist. Zu den Vorschriften, die auf dieses Versäumniszwischenurteil Anwendung finden sollen (§ 347 Abs. 2 Satz 2), gehört auch die obligatorische mündliche Verhandlung: §§ 330—

[1]) darüber Näheres unten S. 34 ff.

332. Auch der Grundsatz, daß jeder Zwischenstreit die Möglichkeit gewährt, durch ein Urteil entschieden zu werden, ergibt, daß sich der Zwischenstreit immer in der mündlichen Verhandlung vollziehen muß.

Aus allen diesen Vorschriften über den Zwischenstreit der Parteien erhellt, daß die obligatorische mündliche Verhandlung ein wesentliches Merkmal des Zwischenstreits ist. Daher bilden Streitigkeiten, die ohne mündliche Verhandlung entschieden werden können, wie z. B. der Streit darüber, ob die Aussetzung des Verfahrens zulässig ist (§ 248)[1]), keinen Zwischenstreit. Auch der Streit über Abkürzung oder Verlängerung einer Frist (§ 225) oder Verlegung eines Termins (§ 227 Abs. 2) und über die Ablehnung eines Richters, Gerichtsschreibers oder Sachverständigen (§§ 42 ff., 46, 49, 406) ist kein Zwischenstreit.

Die Entscheidung des Zwischenstreits darf die Hauptsache selbst unmittelbar nicht betreffen. Dies ergibt sich auch schon aus dem Worte „Zwischenstreit." Er ist, wie schon auf S. 30 f. betont wurde, ein Teil des Prozesses, in den er sich hinein-, dazwischenschiebt. Er kann die Hauptsache selbst unmittelbar nicht berühren, denn dann hört er auf, „Zwischen"-streit zu sein. Der Gegensatz zwischen Hauptsache und Zwischenstreit wird im Gesetz öfter betont, z. B. in § 214. Von der Hauptsache ist er daher streng zu unterscheiden. Die Inzidentfeststellungsklagen und -Widerklagen aus § 280 bilden daher keinen Zwischenstreit, da sie Teile des Streitgegenstandes oder selbständige Ansprüche sind. (vergl. Schollmeyer a. a. O. S. 26 ff., Brettner a. a. O. S. 288.)

Die Hauptsache dreht sich darum, ob dem Klagantrage stattzugeben oder die Klage abzuweisen sei. Um mit der Klage durchzudringen, muß der Kläger durch Angriffsmittel, z. B. Klagegründe, seinen Anspruch rechtfertigen; der Anspruch muß aber nicht bloß überhaupt, sondern auch in der Art und Weise, wie er geltend gemacht wird, zu Recht bestehen, die Klage muß materiell und auch formell begründet sein. Der Beklagte muß, wenn er beim Gerichte die Abweisung der Klage herbeiführen will,

[1]) Hellmann, Lehrb., S. 316, zählt diesen Streit mit Unrecht zu den Zwischenstreiten.

Verteidigungsmittel geltend machen, die geeignet sind, die Klage zu Falle zu bringen (direkt präjudizielle Streitpunkte, selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel). Hierbei ist es nun gleichgültig, ob die Parteien Gründe materieller oder prozessualer Art anführen, um ihr Ziel zu erreichen; nicht bloß die ersteren betreffen den Anspruch, wie Schollmeyer a. a. O. S. 52 annimmt, sondern alle direkt präjudiziellen Streitpunkte, ob materieller oder prozessualer Natur, betreffen die Entscheidung der Hauptsache unmittelbar und können deshalb nicht Zwischenstreit sein.

Auch alle Streitigkeiten über solche prozessualen Punkte, die, wenn sie zu Gunsten des Beklagten zu entscheiden sind, sofort den ganzen Prozeß zu Ungunsten des Klägers beendigen, sind keine Zwischenstreitigkeiten; sie entscheiden in diesem Falle die Hauptsache sofort und daher den Anspruch unmittelbar, obwohl sie prozessualer Natur sind: die Klage wird abgewiesen. Hierher gehören die Fälle: der Streit darüber, ob die Klageschrift den Erfordernissen des § 253 Abs. 2 entspricht; ob die Klageschrift ordnungsmäßig zugestellt ist; ob die Hauptintervention zulässig ist[1]); ob der Einspruch, ein Rechtsmittel, die Restitutions- oder Nichtigkeitsklage form- und fristgerecht eingelegt oder erhoben ist (§§ 341, 535, 566, 589); ob auf diese Rechtsbehelfe verzichtet worden ist (§ 514); ob die Wiedereinsetzung gegen eine Notfrist in diesen Fällen zulässig ist (§ 238)[2]); ob in der Erklärung einer Partei ein Anerkenntnis oder ein Verzicht liegt; ob im Urkundenprozesse der dem Kläger obliegende Beweis mit den zulässigen Beweismitteln vollständig geführt ist (§ 597 Abs. 2) u. s. f.[3]).

[1]) vergl. Bolze, Praxis des R. G., Bd. 5 S. 380 Nr. 1277. — Es liegt nicht ein Zwischenstreit mit einem Dritten vor: der Hauptintervenient ist durch die Erhebung der Klage (§ 64) Partei geworden (vergl. oben S. 9). — Es liegt auch kein Zwischenstreit unter den Parteien vor, da bei Erklärung der Unzulässigkeit der Hauptintervention ein Urteil ergeht, das gegenüber dem Intervenienten Endurteil ist.

[2]) vergl. Entsch. des R. G. in Bd. 12 S. 373.

[3]) Der Einwand der unzulässigen Klageänderung betrifft auch den Klageanspruch unmittelbar und kann deshalb nicht Gegenstand eines Zwischenstreits sein. Er gehört jedoch nicht in die obige Aufzählung, da er, wenn begründet, nicht notwendig zur Abweisung der Klage führt, wenn nämlich nur einer von mehreren Klagegründen geändert wird. Vergl. darüber Westerburg, der Einwand der unzulässigen Klageänderung, in Gruchots Beiträgen Bd. 24 S. 176 ff.

So weit in der Begrenzung des Zwischenstreits geht meines Wissens kein Schriftsteller. Allgemein wird in den angegebenen Fällen ein Zwischenstreit angenommen[1]). Man übersieht aber hierbei, daß der Prozeß nicht bloß auf eine Entscheidung in materieller Hinsicht, sondern auf eine Endentscheidung überhaupt hinausläuft, gleichgültig, ob letztere auf materieller oder formeller Grundlage beruht (vergl. die Fassung des § 300 Abs. 1). Denn ob ich behaupte, die Klage sei nicht ordnungsmäßig erhoben oder der Gegner habe auf die Einlegung des Einspruchs verzichtet, oder ob ich die Einrede der Verjährung oder des Erlasses der Forderung vorbringe, immer wird der gleiche Erfolg erzielt, wenn meine Behauptung sich als wahr herausstellt. Hierin liegt der Unterschied zwischen den selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmitteln[2]) und dem Zwischenstreite: jene sind direkt präjudiziell, dieser ist es nicht.

Allerdings lassen die genannten Streitpunkte, wenn sie zu Gunsten des Klägers entschieden werden, ein Zwischenurteil zu. Aber hieraus zu folgern, sie wären Gegenstand eines Zwischenstreits, ist verfehlt. Daß jene Streitpunkte, falls sie begründet sind, direkt präjudiziell wirken, kann meines Erachtens nicht bestritten werden. Wollte man aber, falls sie unbegründet sind, ihre Eigenschaft als direkt präjudizielle Streitpunkte leugnen, so käme man zu dem sonderbaren Schlusse, daß sie in diesem Falle Zwischenstreit seien, in dem anderen aber nicht! Direkt präjudizielle Streitpunkte bleiben sie vielmehr, auch wenn sie unbegründet sind. Direkt präjudiziell ist ein Streitpunkt nicht deshalb, weil er ohne weiteres, unmittelbar zum Siege führt, sondern weil er allein, ohne anderes Vorbringen zum Siege führen kann. Das Zwischenurteil, das über jene Streitpunkte ergeht, wenn sie unbegründet sind, ist deshalb ein solches über ein selbständiges Verteidigungsmittel nach § 303. —

[1]) vergl. Seuffert, Petersen-Anger, Förster-Engelmann, Gaupp-Stein zu § 303, Hellmann, Komm., zu § 275 a. F., Schmidt S. 521, Wach, Vorträge, S. 118, Meyer, in welchen Fällen ist der Erlaß eines Versäumnisurteils zulässig?, in der Zeitschr. f. dtsch. Zivilproz. Bd. 9 S. 352, Meyer, Anleitung zur Prozeßpraxis, 6. Aufl. Berlin 1902, S. 163 u. a. m.

[2]) Das Wesentliche in der Begriffsbestimmung der selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmittel ist in dem äußeren Merkmale der Gemeinsamkeit des Zweckes zu suchen: vergl. Förster-Engelmann zu § 146 Anm. 2.

Nach diesen Ausführungen dürfte die am Anfange dieses Paragraphen gegebene Begriffsbestimmung gerechtfertigt sein.

§ 6

Fälle eines Zwischenstreits unter den Parteien

I. § 366[1])

Nur an einer einzigen Stelle bezeichnet das Gesetz einen Tatbestand ausdrücklich als Zwischenstreit: § 366 nennt den Streit, der „sich bei der Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter" erhebt, „von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig und zu dessen Entscheidung der Richter nicht berechtigt ist", Zwischenstreit (§ 366 Abs. 2), der nach mündlicher Verhandlung durchs Prozeßgericht zu entscheiden ist.

Der beauftragte und ersuchte Richter ist im allgemeinen nur zur Erledigung seines Auftrages, nicht auch zur selbständigen Entscheidung von Streitigkeiten, die sich bei der Beweisaufnahme erheben, befugt. Ausnahmsweise sind ihm in den §§ 229, 365, 372 Abs. 2, 400, 402, 405, 406 Abs. 2 und 4 selbständige Befugnisse vom Gesetze eingeräumt worden oder können ihm vom Prozeßgerichte eingeräumt werden, um den Weg der Rechtshilfe zu erleichtern. Der Fälle jedoch, die dem betrauten Richter nicht zur Entscheidung überlassen sind, bleiben noch sehr viele übrig. Es werden dies beispielsweise sein: der Streit der Parteien über die Zulässigkeit der Beeidigung eines Zeugen; über die Berechtigung zur Verweigerung eines Zeugnisses oder Gutachtens; über Abänderung der Norm eines Parteieides (§ 469) usw. Diese sind also Gegenstand des Zwischenstreits.

II. Die von den Motiven genannten Fälle

Die Motive sagen auf Seite 217:

„Die Verhandlungen über die Edition von Urkunden[2]) werden meist den Charakter eines Zwischenstreits an sich tragen; die Verhandlungen über die Zulässigkeit eines Beweismittels, über eine Beweiseinrede, über die Echtheit von Urkunden können sich ebenso wie das Verfahren, welches die Erklärung über

[1]) vergl. §§ 417 f. des preuß. Entw., § 483 des nordd. Entw.
[2]) §§ 421 ff.

die Zuschiebung oder Zurückschiebung eines Eides oder die Abnahme von Parteieiden[1]) zum Gegenstande hat, zu einem Zwischenstreit gestalten."

Einerseits fällt sowohl bei dem § 366 als auch bei den eben genannten Beispielen auf, daß sie sämtlich Streitigkeiten im Beweisverfahren betreffen. Auf diesem Gebiete werden wir also hauptsächlich dem Zwischenstreite begegnen. Doch die Möglichkeit eines solchen hierauf zu beschränken, wäre zu weit gegangen. Anderseits läßt die Fassung der Motive deutlich erkennen, daß sie nicht beabsichtigen, das Gebiet des Zwischenstreits völlig zu erschöpfen, sondern daß sie nur einige Beispiele aufzählen wollen. Sie sagen ausdrücklich unmittelbar vor der eben angeführten Stelle:

„Inwieweit unter diesen (den Parteien) einzelne Verhandlungen als Zwischenstreit anzuerkennen sind, läßt sich durch das Gesetz nicht absolut fixieren".

Es ließen sich aus der Beweislehre noch mehr Beispiele hier anführen, so der Streit darüber, ob ein nachträglich vorgebrachtes Beweis- oder Verteidigungsmittel zu berücksichtigen oder als verspätet zurückzuweisen sei (§§ 374, 433, 279); ob nach § 367 Abs. 2 eine nachträgliche Beweisaufnahme oder eine Vervollständigung der Beweisaufnahme anzuordnen sei; ob der einer Partei aufzuerlegende Eid in der Wahrheits- oder Überzeugungsform (§ 459) zu schwören sei; über die Zulässigkeit einer dem Zeugen oder Sachverständigen vorgelegten Frage (§ 398)[2]); ob ein bedingtes Endurteil aufzuheben sei (§ 471 Abs. 3)[3]); ob eine Urkunde einem Schriftsatze ganz oder im Auszuge, in Ur- oder Abschrift beizufügen sei (§ 131); ob eine Partei verpflichtet sei, ihre Akten vorzulegen (§ 143) u. s. f.

III. Andere Fälle eines Zwischenstreits

Hier seien auch einige Fälle genannt, die nicht dem Gebiete der Beweislehre entnommen sind:

1. Der Streit darüber, ob die Erklärung einer Partei als Geständnis aufzufassen sei (§ 289 Abs. 2),

[1]) § 445 ff.

[2]) vergl. Bolze, Praxis des R. G., Bd. 7 S. 417 Nr. 1188.

[3]) vergl. Entsch. d. R. G. in d. Jur. Woch. 1903 S. 99 Nr. 8.

2. ob in dem Verhalten einer Partei ein Verzicht auf die Befolgung einer Prozeßvorschrift vorliege (§ 295),

3. ob Erklärungen einer Partei durch eine Anlage zum Protokoll festzustellen seien (§ 298),

4. der Streit über die Gültigkeit von Zustellungen solcher Schriftsätze, die nicht, wie der Klage-, Einspruch- oder ein Rechtsmittelschriftsatz, den ganzen Prozeß oder die Wiederaufnahme eines durch Versäumnisurteil beendeten Prozesses oder eine neue Instanz eröffnen (vergl. S. 35),

5. der Streit über die Zulässigkeit des Antrages aus § 466[1]) und über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Notfrist aus § 466, ebenso wenn beim Antrag aus § 465 ein Streit entsteht[2]),

6. der Streit, der dann entsteht, wenn der Beklagte eine Erhöhung der vom Kläger bestellten Sicherheit fordert, da diese sich im Laufe des Prozesses unzureichend erwiesen habe, und der Kläger widerspricht (§ 112 Abs. 3)[3]),

7. der Streit über den Eintritt des mittelbaren Besitzers einer Sache in den Prozeß für den unmittelbaren Besitzer: § 76. Hier ist jedoch zu berücksichtigen, in welchem Zeitpunkte der Übergang der Parteirolle stattfindet, da es hiervon abhängt, ob ein Zwischenstreit der Parteien vorliegt oder nicht. — Der Benannte ist vor der Übernahme des Prozesses nicht Partei; es kann also mit ihm vor diesem Augenblicke kein Zwischenstreit unter den Parteien stattfinden. Auch die Benennung durch den unmittelbaren Besitzer macht den Benannten noch nicht zur Partei, denn sonst wäre eine Übernahme nicht nötig zum Eintritte in die Parteirolle des Beklagten. Erst durch die unter Zustimmung des Beklagten abgegebene Erklärung, den Prozeß übernehmen zu wollen, wird der Benannte Partei (§ 76 Abs. 3). Von diesem Zeitpunkte ab kann erst ein Parteizwischenstreit des Benannten mit dem Kläger darüber stattfinden, ob der ursprüngliche Beklagte ausgeschieden und die Übernahme des Prozesses durch den mittelbaren Besitzer

---

[1]) vergl. Kroschel, die Eidesversäumnis nach §§ 465 ff., in d. Zeitschr. f. dtsch. Zivilpr. Bd. 28 S. 128.

[2]) s. Kroschel a. a. O. — vergl. auch die Motive S. 237 zu § 430 a. F.

[3]) vergl. § 141 in Verbindung mit § 336 des preuß. Entw.

gültig erfolgt sei, ob also der ursprüngliche Beklagte von der Klage entbunden werden könne: § 76 Abs. 4 [1]). —

Es ist durchaus nicht notwendig, daß die Parteien über den Inhalt des Zwischenstreits freie Verfügung haben; auch solche Streitpunkte, die dem Offizialprinzip unterliegen, können einen Zwischenstreit hervorrufen [2]). Denn wenn auch das Gericht hierüber von Amtswegen zu entscheiden hat, so kann doch der Partei viel daran liegen, vor der Entscheidung eines solchen Punktes ihre Meinung zu äußern, da ja jene möglicherweise sehr bedeutungsvoll für sie ist. So bezeichnen auch die Motive (S. 217) als Zwischenstreit den Streit über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung, die doch auch von Amtswegen zu prüfen ist. —

Hiermit soll die Aufzählung von Fällen des Zwischenstreits geschlossen werden. Daß eine erschöpfende Aufzählung unmöglich ist, darauf wurde schon hingewiesen. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß das Gericht nach seinem Belieben einen Zwischenstreit anzunehmen berechtigt ist, wie z. B. Struckmann-Koch zu § 303, Brettner a. a. O. S. 285 und Hellmann, Komm., zu § 426 a. F. Anm. 1b annehmen. Wenn sie recht hätten, könnte ja das Gericht nach Belieben, je nach dem es einen Zwischenstreit annimmt oder nicht, den Umfang eines Versäumnisurteils nur auf den als Zwischenstreit aufgefaßten Streitpunkt beschränken oder auf die Hauptsache ausdehnen (§ 347 Abs. 2) und auf die Leistung eines Parteieides willkürlich durch Beweisbeschluß oder bedingtes Endurteil erkennen (§ 461). Daß dies nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegt, ist klar. Die Motive, auf die sich jene stützen, geben für ihre Ansicht keinen Anhaltspunkt. Vielmehr ist der Begriff des Zwischenstreits [3]) begrenzt, wenn auch nicht alle möglichen Fälle eines Parteizwischenstreits festzustellen sind.

[1]) Schollmeyer a. a. O. S. 113 f.

[2]) A. M. Marwitz a. a. O. S. 38.

[3]) nicht bloß negativ (vergl. v. Bülow a. a. O. S. 815) sondern positiv.

Lebenslauf

Ich bin am 18. Mai 1879 in Breslau als Sohn des verstorbenen Kaufmanns und Bankdirektors August Gusinde und seiner Frau Maria geb. Gühmann geboren. Ich besuchte zunächst die Bürger- und Volksschule und von Ostern 1889 ab das Kgl. St. Matthiasgymnasium in Breslau. Ostern 1898 erhielt ich dort das Zeugnis der Reife. Von Ostern 1898 bis Ostern 1902 hörte ich rechts-, staatswissenschaftliche und philosophische Vorlesungen auf den Universitäten Breslau (S. S. 1898, W. S. 1899/1900 bis W. S. 1901/2), Berlin (W. S. 1898/9) und Heidelberg (S. S. 1899) und genügte Oktober 1899/1900 meiner militärischen Dienstpflicht. Am 26. Mai 1902 bestand ich bei dem Kgl. Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Prüfung, am 6. Juni 1902 die mündliche Doktorprüfung. Am 7. Juni 1902 begann ich den Vorbereitungsdienst beim Kgl. Amtsgericht in Haynau und setzte ihn dann in Breslau fort.

Josef Gusinde